

Amedeo Bassi

## Affitto di azienda insolvente e circolazione di *res damnosae*

SOMMARIO: 1. Lo stato della questione prima della riforma della legge fallimentare. – 2. Il progressivo favore incontrato dal contratto di affitto nel fallimento, e i tentativi di adattamento della disciplina generale del codice al trasferimento di azienda insolvente. – 3. La successione nella impresa viene configurata dal legislatore come trasferimento della “proprietà” o del “godimento” di un bene complesso, di secondo grado, in cui sono incorporati i rapporti che fanno capo all'imprenditore cedente. – 4. La disciplina del trasferimento presuppone che il bene oggetto del contratto abbia la natura giuridica di azienda; natura che però non deriva dalla consistenza oggettiva del bene, ma dalla continuazione dell'esercizio della impresa. – 5. La azienda di impresa insolvente. – 6. La necessità di una distinzione tra affitto di azienda insolvente, come esempio di negozio giuridico su *res damnosa*, e l'affitto di azienda economicamente sana. – 7. L'affitto di azienda stipulato prima del fallimento. – 8. L'affitto di azienda nella riforma della legge fallimentare.

1. Prima della riforma della legge fallimentare, la questione più frequentemente dibattuta sul contratto di affitto di azienda nel fallimento era quella che riguardava la “ammissibilità” del contratto<sup>1</sup>, e la sua “compatibilità” con le finalità delle procedure concorsuali. Ci si interrogava se questo contratto rientrasse tra le attribuzioni degli organi fallimentari, e fosse quindi “lecito”, ovvero “vietato”. Il dibattito sulla ammissibilità dell'affitto di azienda si collocava nel solco di un tema più ampio, e forse più noto, frequentemente ricorrente nella pratica, quello della locazione dei beni del fallito, contratto, quest'ultimo, che incontrava minori resistenze concettuali, se non altro per la applicazione analogica delle norme del codice di procedura civile sulla locazione di immobile pignorato art. 560 co. 2 c.p.c.), sequestrato (art. 676 comma 3), o sottoposto ad amministrazione giudiziaria (art 591 ss. c.p.c.); e, per esigenze di completezza, spingeva ad esaminare non solo l'affitto, ma anche il comodato di azienda<sup>2</sup>, la associazione in parte-

<sup>1</sup> V. G.C.M. Rivolta, *L'affitto e la vendita dell'azienda nel fallimento*, Milano, 1973. P. Sandulli, *In tema di affitto di azienda e di amministrazione del patrimonio del fallito da parte degli organi del fallimento*, in *Foro it.* 1959, I, c. 685; R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, III, Milano, 1974, p. 1598 ss e vol. I, Milano, 1974, p. 717; F. Ferrara, *Il fallimento*, Milano, 1974, p. 516 4 e 445; A. Bonsignori, *Profilo sistematico delle vendite fallimentari*, Napoli, 1963, p. 41 ss.; Id. *Liquidazione dell'attivo* nel Commentario Scialoja e Branca – legge fallimentare, a cura di Bricola, Galgano, Santini, Bologna-Roma, 1976, sub art. 104, p. 34 ss.; G. Ragusa Maggiore, *Diritto fallimentare*, I, Napoli, 1974, p. 654; C. De Martini, *L'usufrutto di azienda*, Milano, 1950, p. 415; G.E. Colombo, *L'azienda e il mercato*, in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, diretto da F. Galgano, III, Padova, 1979, p. 293; Caselli, *Organi del fallimento* in Commentario Scialoja Branca – Legge fallimentare, Bologna Roma, 1977, p. 160. V. pure F. Corsi, *Il concetto di amministrazione in diritto privato*, Milano, 1974, p. 22.

In giurisprudenza, Trib. Ariano Irpino 20 aprile 1958, in *Foro it.*, 1959, I, 685 con nota contraria di P. Sandulli; Trib. Roma 29 luglio 1959, in *Dir. fall.* 1959, II, 692; App. Napoli 29 settembre 1959, in *Dir. fall.* 1959, II, p. 982; Cass. 25 marzo 1961, n. 682, in *Foro it.* 1961, I, c. 1143. In Francia la legge 13 luglio 1967 n. 563 (artt. 27 e 28) ha disciplinato espressamente il contratto di *location-gerance* dei beni del debitore sottoposti a *reglement judiciaire* o a *liquidation des biens*.

<sup>2</sup> Sulla ammissibilità del comodato di azienda v. D. Pettiti, *Il trasferimento volontario di azienda*, Napoli s.d.,

cipazione, la cointeressenza, e tutte le altre ipotesi, spesso atipiche, di accordi per la gestione delle aziende in crisi, che i tribunali fallimentari italiani, sia pure con molte cautele, avevano finito per introdurre nelle procedure concorsuali, per consentirne un “uso alternativo” rispetto alla prospettiva liquidatoria – dissolutoria di stampo tradizionale.

La tesi di quella che, per ora, chiameremo “inammissibilità” del contratto di affitto, si basava, però, non tanto su ragioni di incompatibilità del rapporto con norme specifiche della legge fallimentare (per la verità, vi era anche la tesi secondo cui il contratto doveva considerarsi “vietato”<sup>3</sup>, perché si sarebbe trattato di una forma non prevista, e quindi non legittima, di liquidazione dell’attivo; e ciò con riferimento, credo, al trasferimento all’affittuario della facoltà di disposizione del capitale circolante); ma, piuttosto, su motivi di opportunità e convenienza, dal momento che la locazione e l’affitto, andando alla essenza delle cose, alla fine, costituiscono, come scriveva Francesco Ferrara, un “intralcio” alla liquidazione dei beni<sup>4</sup>, perché conferiscono al gestore una prelazione “di fatto” sui beni, soprattutto per effetto del principio *emptio non tollit locatum* (artt. 1599, 1625, 2923 c.c.).

La distinzione tra “invalidità” ed “inopportunità”, anche se non ha un sicuro riscontro nella teoria generale, mi sembra ancora oggi importante, perché la tesi radicale, che ipotizzava un “divieto”, avrebbe comportato la invalidità del contratto, con effetti anche nei confronti dei terzi; mentre, la tesi della “inopportunità” (l’ “intralcio” alla liquidazione), consentiva di discutere del contratto, nell’ambito dei poteri di amministrazione del curatore, come una sorta di atto “*ultra vires*”, e, quindi, consentiva di evitare la conseguenza della invalidità del contratto, a favore di quella della responsabilità degli organi fallimentari (per giunta, solo in caso di danno alla massa: il che implicava che si potesse anche distinguere ulteriormente tra affitti dannosi e affitti vantaggiosi per i creditori).

2. Accantonando, per ora, un altro problema teorico – se sia esatto parlare di “azienda” e non di “impresa” insolvente – sta di fatto che il contratto di affitto di azienda nel fallimento, a partire da una certa data, incontrò, anche per la osservazione di quanto accadeva in altri ordinamenti, un grande favore, non solo perché esso garantiva la custo-

---

p. 149, nt 1; G.E. Colombo, *L'azienda e il mercato* nel Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico della economia dir. da F. Galgano, III, Padova, 1979, p. 2951; Bernardini, *Comodato d'azienda, usufrutto di azienda e intrasmissibilità delle autorizzazioni di polizia*, in *Foro pad.* 1955, I, c. 1051. In giurisprudenza v. App. Milano, 9 giugno 1952, in *Temi*, 1964, p. 384; Cass. 14 luglio 1956, n. 2673, in *Giust.civ.*, 1956, I, p. 2045. Il Rivolta (*L'affitto e la vendita dell'azienda nel fallimento*, Milano, 1973, p. 47) ritiene ammissibile il comodato di azienda anche nel fallimento. In tempi passati le “pompe di benzina” potevano essere oggetto solamente di comodato gratuito: v. art. 16 d.l. 26 ottobre 1970, n. 745, conv. nella l. 18 dicembre 1970, n. 1034; e art. 19 d.p.r. 27 ottobre 1971, n. 1269; V. M. Fragali, *Del comodato*, in Commentario del cod. civ. a cura di Scialoja e Branca, Libro quarto, delle obbligazioni (art. 1754-1860) Bologna-Roma, 1953, sub art. 1803, p. 158 e ivi nt. 3; nonché su questo tema. R. Pardolesi, *Potere contrattuale, autonomia e subordinazione: note in margine ai (difficili) rapporti tra società petrolifere e gestori di stazioni di servizio*, in *Foro it.* 1980, I, c. 803 ss.

<sup>3</sup> V. R. Provinciali, *Trattato*, III, p. 1598; A. Bonsignori, *Profilo sistematico delle vendite fallimentari*, Napoli, 1963, p. 41 ss; ma si vedano pure P. Sandulli, *In tema di affitto di azienda e di amministrazione del patrimonio del falito da parte degli organi del fallimento*, in *Foro it.*, 1959, I, c. 685 ss; G. De Semo, *Diritto fallimentare*, 4<sup>a</sup> ed., Padova, 1964, pp. 439-440.

<sup>4</sup> Così F. Ferrara, op. cit. p. 445.

dia dei beni, e assicurava alla procedura una rendita immediata, ma anche perchè si presentava come strumento di “salvataggio” delle imprese in crisi<sup>5</sup>, di cui evitava la obsolescenza, e di cui preparava e rendeva possibile la “vendita in blocco”<sup>6</sup>.

Il contratto fece la sua apparizione anche in alcune leggi speciali, come quelle sulla amministrazione straordinaria<sup>7</sup>, e, nei casi di crisi di imprese che avessero determinati requisiti dimensionali, venne, per così dire, “premiato” dal legislatore – sulla base di spinte comunitarie – con il riconoscimento all'affittuario del diritto di prelazione sull'azienda, e con l'esonero di questi dalla responsabilità per il pagamento dei debiti di lavoro pregressi. Più esattamente l'art. 47 della l. 29 dicembre 1990, n. 428, intitolato “trasferimenti di azienda” (espressione che comprende anche l'affitto di azienda), con riferimento ad imprese con più di 15 dipendenti, eventualmente sottoposte a procedure concorsuali, prevede un obbligo di consultazione sindacale per il raggiungimento di un accordo che determina il seguente effetto: *ai lavoratori il cui rapporto di lavoro continua con l'acquirente non trova applicazione l'art. 2112 del codice civile, salvo che dall'accordo risultino condizioni di miglior favore*.

L'art. 3 co. 4 della l. 23 luglio 1991, n. 223, a sua volta, prevedeva che “*l'imprenditore che, a titolo di affitto, abbia assunto la gestione, anche parziale, di aziende appartenenti ad imprese assoggettate alle procedure di cui alla comma 1, può esercitare il diritto di prelazione nell'acquisto delle medesime*”

Rimossi gli ostacoli di principio, in verità piuttosto fragili, che ne impedivano il riconoscimento, e posta una netta distinzione tra affitto ed esercizio provvisorio, venne intrapresa, soprattutto dalla giurisprudenza, una opera di non semplice ricostruzione della disciplina applicabile all'affitto stipulato nell'ambito delle procedure concorsuali. Il problema, per la verità, si presentava in termini più complicati, non tanto per l'affitto, ma per la vendita in blocco dell'azienda, dopo che il legislatore aveva abbandonato la scelta della necessità della vendita atomistica dei beni del fallito, che per lungo tempo era stato il percorso obbligato delle liquidazioni fallimentari (probabilmente per scorporare il *bad will* fallimentare dal compendio dei beni in liquidazione).

L'operazione consisteva fondamentalmente nel valutare se la disciplina del codice civile, prevista per il trasferimento di azienda, valesse per intero, o solo in parte, per l'affitto di una azienda insolvente.

La premessa dalla quale occorreva partire era che sia per l'affitto sia per la vendita, la disciplina del codice si può osservare in una duplice prospettiva.

Innanzitutto, vi sono norme che riguardano i rapporti tra le parti, e norme che riguardano i terzi estranei.

---

<sup>5</sup> v. per tutti G. Minervini, *Riflessioni in tema di composizione della crisi dell'impresa industriale*, in *Dem. dir.*, 1980, p. 159; G. Santini, *Soluzioni giuridiche allo stato di crisi della impresa nei sistemi di economie di mercato*, in *Giur.it.*, 1981, IV, c. 161 ss.

<sup>6</sup> Vendita che aveva incontrato resistenze soprattutto da parte della giurisprudenza. È opportuno ricordare che uno degli ostacoli maggiori alla vendita globale è di carattere pratico, ed è dato dalla difficoltà di graduare sul ricavato complessivo della vendita i vari privilegi speciali gravanti su singoli beni: v. Cass. 10 marzo 1980, n. 1584, in *Foro it.*, 1980 I, c. 2528 con nota di Tucci, *Il particolarismo legislativo del privilegio industriale*.

<sup>7</sup> Vedi la legge sulla amministrazione straordinaria del 3 aprile 1979, n. 95, l. 22 marzo 1971, n. 184; la l. 27 luglio 1979 n. 301; la l. 5 agosto 1981 n. 416, contenente la riforma della editoria.

Con riferimento all'affitto, sono norme che riguardano le parti (e che tutelano l'affittante) quelle che prevedono l'obbligo per l'affittuario di gestire l'azienda usando la ditta che la contraddistingue, senza modificarne la destinazione, conservando l'efficienza dell'organizzazione e le normali dotazioni di scorte, e senza cessare arbitrariamente dalla gestione (artt. 2562 e 2561 c.c.). È pure norma che riguarda le parti (e tutela l'affittuario) quella che prevede il divieto di concorrenza a carico del locatore (art. 2557 c.c.)

È norma che riguarda invece i terzi, invece, quella che prevede la successione nei contratti (art. 2558 co. 3; art. 2112, per il rapporto di lavoro).

Sempre per quanto riguarda i terzi, particolarmente complessa è la disciplina che riguarda il "trasferimento" dei debiti aziendali. Come è noto, l'acquirente di azienda commerciale risponde dei debiti inerenti l'esercizio della azienda ceduta assieme al cedente, purché risultino dai libri contabili obbligatori (art. 2560 c.c.). La norma non prevede una disciplina specifica per l'usufrutto e l'affitto, motivo per cui

- a) la solidarietà tra cedente e cessionario si ha solo in caso di vendita di azienda;
- b) in caso di affitto, l'affittuario non risponde dei debiti aziendali anteriori;
- c) *tuttavia i beni sono assoggettati, per i principi generali, ad azione esecutiva da parte dei creditori del locatore (l'azienda costituisce sempre la garanzia patrimoniale per i creditori del locatore)*. Se ciò è vero, potrebbe anche ammettersi – ma impropriamente – una responsabilità dell'affittuario per i debiti pregressi, entro i limiti di valore dei beni costituenti l'azienda ceduta.
- d) In caso di affitto, l'affittuario è però obbligato in solido con il cedente per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento (art. 2112c.c.), anche se non risultino dai libri contabili.

Questa disciplina (che si basa sulla distinzione tra effetti verso le parti e effetti nei confronti dei terzi) fino a che punto vale in caso di affitto di azienda fallita? Il problema riguarda non tanto gli effetti tra le parti (che permangono immutati anche quando l'affitto sia stipulato dal curatore fallimentare), quanto gli effetti verso i terzi e, soprattutto, la sorte dei debiti anteriori (e la sorte dei contratti, in relazione agli effetti del fallimento sui contratti in corso). Per i debiti, in caso di affitto di azienda insolvente, le conclusioni cui si perviene sono sinteticamente le seguenti

- a) L'affittuario di azienda fallita non risponde dei debiti anteriori, come accade anche al di fuori del fallimento. Ma, mentre al di fuori del fallimento, il creditore del cedente può aggredire i beni che compongono la azienda affittata, nel fallimento ciò non può accadere per il divieto di azioni esecutive sui beni del fallito. Pertanto, in caso di affitto post fallimentare, il gestore è in una certa misura più protetto di quanto non accada al di fuori del fallimento, dove il gestore è esposto, come terzo detentore, alle azioni dei creditori dell'affittante.
- b) L'affittuario di azienda fallita risponde però dei debiti verso i lavoratori dipendenti, anche se non risultino dai libri contabili obbligatori. Per evitare però che l'art. 2112 c.c. venga considerato una inutile riaffermazione di un principio generale, quale è quello di cui alla lett a), deve ammettersi che la (cor)responsabilità dell'affittuario coinvolga tutto il suo patrimonio, e non soltanto i beni che costituiscono la azienda ceduta. La corresponsabilità dell'affittuario è però esclusa qualora il fallimento riguardi aziende fallite con più di 15 dipendenti, e l'affitto sia stato stipulato rispettando le procedure previste dalle leggi speciali sopra ricordate.

Inutile sottolineare, a questo punto, che la (cor)responsabilità dell'affittuario per i debiti pregressi maturati verso i dipendenti, nei limiti ora precisati, costituisce un grave ostacolo alla stipulazione di contratti di affitto post fallimentari.

Era facile però, a questo punto, avvertire la insidia che si celava dietro l'interrogativo della applicazione o disapplicazione della disciplina del codice civile all'affitto, e ai trasferimenti di azienda insolvente, giacché una eccessiva erosione della disciplina positiva del codice, soprattutto per l'esigenza di sottrarre l'affitto di azienda alle regole sul trasferimento dei debiti, poteva anche portare a mettere in dubbio, assieme alla disciplina, la stessa fattispecie di affitto, o la stessa fattispecie di azienda. I due termini sono intimamente collegati tra di loro, perché l'affitto riguarda il godimento di una cosa "produttiva", e l'azienda è tale se la sua organizzazione serve alla "produzione" di beni e servizi.

In particolare, la estraneità dell'acquirente di una azienda insolvente, e disastata, rispetto ai debiti pregressi – che è una esigenza pratica insopprimibile, sia pure assunta come un *a priori* – può infatti essere assicurata, sia con la disapplicazione (direttamente ad opera del legislatore, o ad opera degli interpreti) degli artt. 2560 e 2112 c.c., senza mutare la natura del contratto di affitto o la natura del bene azienda, oggetto del trasferimento; sia, per altra via, attraverso l'uso di uno schema contrattuale – o comunque traslativo – diverso dall'affitto, o attraverso un contratto che non abbia per oggetto un bene definibile "azienda".

Tuttavia, la possibilità di optare per soluzioni contrattuali diverse dall'affitto, onde evitare la applicazione di discipline, perlomeno di quelle *ex lege*, eccessivamente gravose nell'economia del contratto, in relazione al valore negativo del bene oggetto del contratto stesso, non era concessa senza limiti, perché la disciplina del codice, che, in caso di trasferimento di azienda, protegge per es. la unità della azienda, i creditori dell'imprenditore cedente, e i terzi contraenti, è riconducibile – come poi è stato espressamente riconosciuto in sede comunitaria – a principi generali, valevoli in tutte le ipotesi in cui vi sia il dato di fatto della continuazione della attività economica, da parte di soggetto diverso da quello originario, mediante la utilizzazione, anche solo in parte, dei beni organizzati dal precedente titolare.

Il legislatore, di fronte al fenomeno indicato sinteticamente come "trasferimento di azienda", che avrebbe potuto essere anche designato con terminologia diversa (continuazione dell'esercizio dell'impresa, successione nell'esercizio della impresa, ecc.) aveva dovuto infatti contemperare esigenze varie, e spesso contrastanti. Da un lato, impedire che la disciplina di diritto comune determinasse la disgregazione della azienda, o ostacolasse il fenomeno, sempre più diffuso, del trasferimento di azienda *inter vivos* (come, per esempio, poteva accadere con una disciplina dei contratti in corso che non ne prevedesse, in linea generale, la continuazione). D'altro lato, evitare che il trasferimento di azienda potesse prestarsi, per la complessità del contratto e degli interessi coinvolti, a danneggiare, o in certi casi addirittura a frodare, le aspettative dei creditori, che avessero fatto affidamento sui beni costituenti l'azienda (esigenza che si è tradotta nelle norme sulla corresponsabilità esterna verso i creditori di cedente e cessionario); le aspettative dell'acquirente in buona fede (come traspare dalla norma sul divieto di concorrenza a carico del cedente, e dalla norma che coinvolge l'acquirente nei debiti pregressi solo se risultino dalle scritture contabili obbligatorie); e, non da ultimo, le aspettative del mercato.

3. I problemi, in definitiva, sorgevano essenzialmente per il fatto che il legislatore, con una operazione di sintesi, aveva oggettivizzato, e direi anzi “incorporato”, i problemi della continuazione e successione nella impresa, includendo in un concetto oggettivo e materiale di azienda, come bene complesso e di secondo grado, tutti i rapporti che potevano sorgere attorno all’esercizio della attività economica. Cosicché, la problematica del trasferimento di debiti, crediti, contratti, segni distintivi, licenze, avviamento ecc., in caso di esercizio di impresa da parte di soggetto diverso dall’originario, è stata risolta immaginando una *res* ideale composita, e dettando specifiche discipline, come conseguenze, o effetti del trasferimento della *res* (o meglio, della “titolarità” o del “godimento” di essa). Operazione geniale, che ricorda quella retrostante alla nascita dei titoli di credito! Tutta la disciplina del codice relativa alla azienda, a differenza di quella sulla impresa, è, in realtà, disciplina degli effetti del mutamento soggettivo del titolare della attività, e poco importa che tale mutamento soggettivo sia stato definito trasferimento di azienda, anziché continuazione o successione nella impresa. Pertanto, sul termine “trasferimento di azienda” vi sarebbe ancora oggi molto da dire, ma qui, come altrove, è giusto ripiegare sulle definizioni del legislatore, senza approfondirne eccessivamente la esattezza.

4. Fatta questa premessa, il bene oggetto di trasferimento, in proprietà o in godimento, è definibile “azienda” quando esso sia, o continui ad essere, strumento per la continuazione dell’esercizio della impresa. Quando, viceversa, i beni non sono destinati alla continuazione dell’esercizio della impresa, non vi sarebbe spazio per applicare le norme sulla forma, sulla concorrenza, e sul trasferimento di contratti, crediti e debiti, anche se, per ipotesi, le parti abbiano definito azienda il bene oggetto del trasferimento.

Al contrario, la disciplina del codice si applicherà, anche indipendentemente dalla volontà delle parti, tutte le volte in cui il trasferimento abbia per oggetto una azienda in senso proprio, che è tale, qualunque ne sia la consistenza oggettiva, quando vi sia prosecuzione della attività di impresa; e qualunque ne sia la diversa definizione voluta dalle parti.

È qui in gioco un importante e delicato capitolo della interpretazione del contratto, dal momento che le parti contraenti, per evitare la applicazione della gravosa disciplina riguardante i rapporti con i terzi, quasi sempre vogliono, vorrebbero, o fingono di volere, un contratto traslativo della “proprietà” o del “godimento” dei beni, diverso dal trasferimento di azienda. Come accade anche per la vendita, in genere le parti contraenti non negano l’effetto traslativo del “godimento” o della “proprietà” dei beni ceduti, ma tendono a negare che il bene ceduto sia definibile azienda, per evitare la applicazione delle norme che addossano all’acquirente soprattutto il peso dei debiti di lavoro o tributari. Ma può accedere anche esattamente l’opposto: l’acquirente, danneggiato dalla concorrenza del cedente, può invocare la disciplina del trasferimento di azienda, per censurare comportamenti scorretti della controparte, anche se il bene oggetto di trasferimento non sia stato definito azienda.

Il criterio fondamentale di interpretazione delle varie ipotesi contrattuali venute all’esame della giurisprudenza, a mio avviso, avrebbe dovuto essere non la ricerca di quali elementi oggettivi e materiali compongano il bene “azienda”, ma, piuttosto, la ricerca della finalità del trasferimento, e cioè la domanda se esso sia destinato alla prosecuzione della attività di impresa, o allo svolgimento di attività diverse, anche non “eco-



nomiche”, ivi compresa la distruzione della azienda stessa per fini anticoncorrenziali, come ipotizzava a suo tempo Alessandro Graziani.

La ricerca di indici “oggettivi” del concetto di azienda (alla quale si dedicò in tempi passati anche il sottoscritto, sostenendo la “esistenza” di una entità intermedia tra azienda ed immobile attrezzato, costituita dall’“opificio”), e la individuazione di quali elementi ne caratterizzerebbero la essenza, ha determinato quindi perduranti e insanabili incertezze sulla sua esatta individuazione, ed ha notevolmente influito sulla uniformità delle soluzioni circa la esatta delimitazione del perimetro del trasferimento di azienda, con la conseguenza che vicende circolatorie di beni hanno fatto registrare incertezze e dubbi, proprio sotto il profilo pratico delle regole da applicare. Dalla esatta individuazione del concetto di trasferimento di azienda discendono, inoltre, conseguenze specifiche – a tutti note – relative al contratto di locazione di immobili per uso diverso da quello abitativo: infatti, l’art. 36 della legge 27 luglio 1978, n. 392, stabilisce che il conduttore può sublocare l’immobile o cedere il contratto di locazione, anche senza il consenso del locatore, purché venga insieme ceduta o locata l’azienda<sup>8</sup>. Nello stesso tempo, mi pare prevalga l’opinione che, in caso di vendita forzata, al conduttore non spetti il diritto di prelazione sull’immobile (soprattutto se l’immobile fa parte di una azienda venduta in blocco).

È inutile, a questo punto, ricordare che vi è un vero e proprio pullulare di ipotesi pratiche di “immobili con pertinenze”, “opifici”, “immobili attrezzati”, “sale cinematografiche” dismesse, “alberghi non funzionanti”, “navi ormeggiate” adibite a ristorante, che si collocano nella zona grigia di confine, e che inducono giurisprudenza e dottrina ad interrogarsi sui difficili contorni del concetto di azienda, sul suo *minimum*, e sul suo trasferimento.

Comunque, è bene sottolineare che la necessità della continuazione della impresa (e della “stessa” impresa, anche se non sempre è facile individuare la identità o diversità delle varie attività), a differenza di quanto accade per la vendita, è particolarmente evidente nel caso di affitto e di usufrutto, perché questo rapporto giuridico implica la restituzione del “bene” nella sua originaria consistenza, e quindi nella sua attitudine all’esercizio della impresa, all’originario titolare. Per questa ragione, lo stesso codice impone che, in caso di affitto, l’affittuario deve esercitare la attività di impresa sotto la ditta che la contraddistingue; deve gestire la azienda senza modificarne la destinazione, e in modo da conservare l’efficienza dell’organizzazione e degli impianti e le normali dotazioni di scorte. La stessa giurisprudenza, che afferma il perdurare della responsabilità dell’affittante verso i terzi che abbiano ignorato il trasferimento, e abbiano fatto ragionevole affidamento sulla situazione apparente, presuppone che il gestore continui la stessa attività del cedente.

Queste conclusioni sono recepite, sulla spinta di norme comunitarie, dall’art. 2112 co. 5 c.c. (come risulta dalle modifiche introdotte dal d.lgs. 2 febbraio 2001, n.18, e dall’art. 32 co. 2 d.lgs 10 settembre 2003, n. 276, mod. dall’art. 9 co. 1° d.lgs. 6 ottobre 2004, n. 251), il quale, oggi, stabilisce che “*ai fini e per gli effetti del presente articolo, si intende per trasferimento di azienda qualsiasi operazione che, in seguito a cessione contrat-*

---

<sup>8</sup> V. Cass. 24 agosto 1978, n. 3969, in *Foro it. Rep.* v. Azienda n. 12; e per risalente giurisprudenza F. Forchielli, *Il minimum del concetto di azienda e la distinzione tra affitto di azienda (libero) e locazione di immobili non abitativo (vincolata)*, in *Riv dir.civ.* 1980, I, p. 151.

*tuale o a fusione, comporti il mutamento della titolarità di una attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base del quale il trasferimento è attuato, ivi compresi l'usufrutto e l'affitto di azienda".*

5. Detto questo a mo' di premessa di carattere generale, i problemi di cui si tenta una sintesi, in campo fallimentare si complicano, dunque, per una ragione specifica, che è costituita dalla crisi o dalla insolvenza della impresa. La domanda se la azienda "sopravviva" agli effetti disgregatori della apertura delle procedure di crisi – domanda alla quale in passato si dava risposta prevalentemente negativa – oggi riceve, dallo stesso legislatore, risposte più ottimistiche, e direi anche sistematicamente più corrette, perché il trasferimento della azienda non viene collegato alla oggettiva consistenza dei beni che compongono la azienda stessa, ma alla circostanza della continuazione dell'esercizio della impresa, anche se l'azienda è, come emerge dalla casistica giurisprudenziale "inerte", "incompleta", "non ancora funzionante", "temporaneamente cessata" "non produttiva di profitto", "in dissesto" ecc. Del resto, la legislazione recente, a differenza di quanto accadeva in passato, sembra aver introdotto un vero e proprio "statuto generale della impresa in crisi", con le sue regole sostanziali, respingendo così la concezione classica che l'impresa è tale se e fino a quando è florida, o autosufficiente, e non ha bisogno di aiuti: ne è passata di acqua sotto i ponti!

Quando il legislatore, dunque, ammette che la azienda possa essere affittata, venduta, ristrutturata, ad opera degli organi della procedura, questo basta per rispondere positivamente all'interrogativo di carattere generale cui si faceva cenno all'inizio del paragrafo, e ciò indipendentemente dalla consistenza oggettiva del bene di cui si discute. La tendenza che emerge dalla legislazione più recente è quella di svalutare del tutto la definizione giuridica della azienda, la sua essenza, la sua consistenza effettiva, e di rivalutare la continuazione della attività economica da parte di soggetto diverso da quello fallito o in crisi.

Va forse aggiunto, ma ciò con riferimento particolare alla vendita più che all'affitto, che la proposta di rivalutare l'attività, e non i beni in sé ai fini del trasferimento di azienda, se da un lato porta a riconoscere natura di azienda anche a complessi di beni del tutto disorganizzati, all'opposto potrebbe portare a negare quella qualifica a complessi di beni organizzati e funzionanti, sol perché l'acquirente non intenda proseguire la attività del fallito (l'ipotesi del concorrente che acquisti l'azienda per smantellarla). La obiezione mi sembra superabile innanzitutto distinguendo, come si è detto, tra affitto e vendita, in quanto nell'affitto la prosecuzione della attività fa parte degli obblighi del contratto. Nel caso di vendita la prosecuzione della attività, se la liquidazione avviene in sede concorsuale, potrebbe ugualmente pensarsi – oggi, dopo la riforma – ad un obbligo di continuazione implicito nel contratto, e ciò indipendentemente dalla tutela specifica che la legge accorda ai lavoratori in caso di ingiustificata interruzione della attività.

6. Il discorso sulle "qualità", in genere negative, della azienda sottoposta a procedure concorsuali spinge ad allargare il discorso, ad interrogarsi sulla compatibilità tra contratto di affitto e azienda insolvente, e a chiedersi se il titolo in base al quale gli organi fallimentari concedono a terzi il godimento, e l'esercizio della impresa, non sia, in que-



sto caso, viceversa un contratto diverso, atipico o misto (o addirittura, come vedremo, qualcosa di diverso dal contratto). Mi rendo conto che sarebbe eccessivamente semplicistico affermare che il contratto di affitto presuppone necessariamente che la *res* sia effettivamente e stabilmente produttiva di nuova ricchezza; prospettiva, quest'ultima, che porterebbe a negare la funzione economica, la "causa", di tutti quei contratti di gestione che abbiano per oggetto aziende in perdita, che impongano all'affittuario onerosi investimenti, o dolorose ristrutturazioni, e che lo espongano al rischio del fallimento. Una impresa sana può entrare in crisi in un momento successivo alla stipula di un contratto di affitto, e questo evento sopravvenuto non toglie molto alla qualificazione giuridica originaria del contratto. Le utilità che il gestore si ripromette dall'affitto – come del resto accade anche per la vendita – sono spesso di lungo termine, o comunque sono riconducibili a disegni imprenditoriali, spesso imperscrutabili, ai quali non sono estranee componenti apparentemente irrazionali, come quelle che inducono fior di imprenditori ad acquistare squadre di calcio cariche di debiti da saldare. Esiste tutta una importante letteratura, che fa capo a Gerardo Santini, su quelli che in termini generali definirei negozi su *res damnosae*, il cui risultato principale mi pare sia quello non di negare rilevanza giuridica a tali sempre più diffusi fenomeni, ma, piuttosto, quello di riqualificarli, con una collocazione sistematica diversa da quella in cui essi sono stati inquadrati dalle parti. Seguendo questa via, i casi di vendita di beni privi di valore, o con valore negativo (l'edificio su cui gravi una ordinanza di abbattimento, per il trasferimento del quale il proprietario è anche disponibile a dare un contributo in denaro all'acquirente), non sono stati sanzionati con il castigo della invalidità per mancanza di causa, o di ragionevole giustificazione socio economica, ma sono stati (ri)classificati come contratti nei quali il trasferimento della "proprietà" si accompagna non al pagamento di un prezzo in denaro, ma alla assunzione, da parte dell'acquirente e dello stesso venditore, di una serie di obbligazioni di *facere*, estranee al medesimo contratto quando abbia la sua normale giustificazione socio-economica.

Ciò sottolinea che esistono enormi differenze tra l'affitto di azienda "sana", e l'affitto di azienda in crisi. La disciplina del codice presuppone che l'affitto abbia per oggetto una azienda che produca utili e un interesse del "proprietario" alla riacquisizione della azienda per la prosecuzione della attività. Infatti, per fare un esempio, in caso di affitto, al di fuori della insolvenza, il concedente ha interesse a che l'affittuario continui ad usare i segni distintivi della impresa. Si crea, in ciò, un conflitto tra i due contraenti, e si rende comunque necessaria una diversificazione delle posizioni, per realizzare una giusta informazione dei terzi, e per impedire una confusione di patrimoni e di responsabilità. Non a caso, proprio per l'affitto, ha trovato le sue più note applicazioni il principio della apparenza di diritto, per la imputazione dei debiti contratti dal nuovo imprenditore che, se l'affitto non viene adeguatamente pubblicizzato, e se l'affittuario continua ad usare i segni distintivi della azienda prima della cessione, sono destinati inevitabilmente a cadere a carico del concedente. D'altro canto, quest'ultimo ha interesse a che la azienda non perda la sua originaria identità, il che implica la necessità di mantenere in vita i segni distintivi, e la proprietà industriale dell'imprenditore cedente.

Viceversa, in caso di affitto di impresa insolvente, la tendenza è di segno opposto: i poteri del gestore sono molto più ampi e diversificati, e il canone è commisurato al valore negativo dei beni trasferiti.

7. Discorso in parte diverso è quello che riguarda il contratto di affitto di azienda stipulato dall'imprenditore *in bonis*, prima, o addirittura nell'imminenza, del fallimento.

La fama non eccellente di cui godeva questo contratto, se stipulato da impresa insolvente, derivava soprattutto dal fatto che esso, prima del fallimento, consentiva la prosecuzione della attività economica, da parte del detentore, anche dopo il fallimento, per la nota teoria che l'apprensione fallimentare (sigilli ed inventario) non può avvenire su beni sui quali un terzo vanta diritti opponibili al curatore. Il contratto era usato come un mezzo per consentire all'imprenditore, tramite la interposizione di persona, la continuazione della attività, anche dopo la sentenza di fallimento. Naturalmente, trattandosi di azienda gravata da insolvenza, nella maggior parte dei casi il contratto era anche assolutamente e totalmente simulato (anche se non posso escludere che vi fossero contratti di affitto realmente voluti come tali), come traspariva anche dalla normale irrisorietà del canone pattuito (ma quale sarebbe il giusto canone per il godimento di una azienda insolvente?). Il contratto, poi, oltre ad impedire la apposizione dei sigilli, costituiva un formidabile ostacolo ad una conveniente liquidazione fallimentare della azienda stessa, o dei beni che la componevano, perché attribuiva al gestore – come già si è detto all'inizio – una ipoteca di fatto sui beni.

L'aspetto positivo del contratto stipulato prima del fallimento era rappresentato dalla custodia dei beni, spesso onerosissima, accollata al gestore e non alla curatela, e dal fatto che il fallimento poteva contare nell'immediato sulle liquidità dei canoni di affitto. Inoltre, il mantenimento in vita, anche parziale, dei contratti di lavoro, con il favore delle organizzazioni sindacali, le pressioni dei politici e le sollecitazioni delle istituzioni, costituiva una giustificazione molto forte, che impediva agli organi del fallimento di adottare decisioni drastiche ed impopolari, altrimenti inevitabili.

Molti degli inconvenienti segnalati, di fatto, potevano essere evitati, attraverso clausole contrattuali che prevedessero un canone congruo, e lo scioglimento del contratto prima dell'avvio del procedimento di liquidazione. Ma anche in questo caso le complicazioni pratiche erano notevoli, e finivano per scoraggiare gli imprenditori che avessero intenzione di rilevare l'azienda, partecipando alla gara per la liquidazione fallimentare.

Gli strumenti usati dalla giurisprudenza per fronteggiare l'uso del contratto di affitto di azienda come barriera protettiva contro gli effetti del fallimento, sono stati, essenzialmente, la azione di simulazione e la azione revocatoria, con il contorno di eventuali provvedimenti cautelari, tendenti ad evitare gli atti più gravi di svuotamento e spoliazione della azienda. Ma si trattava di armi spuntate. Le cose sono cambiate quando le procure della Repubblica hanno iniziato a ravvisare nel contratto di affitto un possibile strumento di bancarotta fraudolenta, o di altri reati fallimentari, con la conseguente applicazione di misure cautelari penali di sequestro, talvolta finalizzato alla confisca. Di fronte a questa risposta forte della giurisprudenza, l'interesse per il contratto di affitto di azienda insolvente, prima del fallimento, si è raffreddato, anche perché i professionisti necessariamente officiati della preparazione e della stipula del contratto, hanno corso seri rischi di coinvolgimento diretto nel reato ipotizzato dalle procure.

8. Il fatto che la riforma della legge fallimentare abbia previsto l'affitto di azienda (o di rami di azienda) sia nell'ambito delle norme sui contratti pendenti (art. 79: *il fal-*

*limento non è causa di scioglimento del contratto*), sia nell'ambito delle norme sulla liquidazione dell'attivo (art 104 *bis*), dimostra che questo contratto, dopo il lungo periodo di anticamera e di malcelata diffidenza di cui sopra si è fatto cenno, ha fatto ufficialmente ingresso all'interno del campionario degli strumenti giuridici che possono essere usati per fronteggiare le crisi delle imprese.

La riforma ha fatto una scelta molto decisa, e direi coraggiosa: ha promosso il contratto a strumento ufficiale per la realizzazione dei fini delle procedure concorsuali. Il riconoscimento, come si è visto, è stato concesso non solo al contratto stipulato dagli organi del fallimento, ma anche al contratto stipulato dall'imprenditore prima del fallimento.

Al di là degli aspetti specifici, e dai problemi applicativi sollevati dalla norme introdotte dalla riforma, mi sembra opportuno osservare che oggi la finalizzazione dell'affitto (e della vendita) di azienda, appartenente ad imprenditore fallito, a prosecuzione della attività economica dell'impresa, trovi una conferma molto decisa nella stesso impianto delle norme della legge fallimentare. Ciò accade perché palesemente la legge ha condizionato, per esempio, la scelta del contraente ed il contenuto dei contratti a questa specifica finalità, che costituisce, nello stesso tempo, lo scopo e l'elemento più importante di interpretazione del negozio, attribuendo, anche, a tal fine, agli organi del fallimento una evidente posizione, per così dire, di supremazia nell'equilibrio contrattuale, rispetto al contraente gestore, che precedentemente non poteva essere ad essi riconosciuta, a meno che nel contratto non fossero inserite clausole di protezione della posizione del fallimento. I nuovi scenari – vale a dire la disciplina *ex lege* del contratto e la limitazione dei diritti e poteri dell'affittuario – potrebbero, ad avviso di scrive, suscitare un ulteriore interrogativo, che andrebbe ad aggiungersi a quelli sin qui esaminati, del quale dovrebbero forse occuparsi i processualisti: se cioè il contratto di affitto della legge fallimentare riformata sia veramente un contratto, o, come si discute per la vendita forzata, sia un atto o provvedimento degli organi della procedura, finalizzato al conseguimento dei fini della procedura stessa.

